

Allegato al verbale di udienza in data 28/1/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE DI APPELLO DI L'AQUILA

SEZIONE PER LE CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Composta dai seguenti magistrati:

dr. Rita	Sannite	Presidente
dr. Ciro	Marsella	Consigliere
dr. Paola	De Nisco	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Con motivazione contestuale ai sensi dell' art. 281 sexies cpc

nella causa in grado di appello iscritta al n° 629/15 del ruolo generale e promossa con ricorso depositato il 10/8/2015

DA

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA, in persona del ministro pro tempore (c.f. 80185250588) e **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE per l'ABRUZZO- Ambito Territoriale per la Provincia di Pescara**, (c.f. 80005850682) elettivamente domiciliati in L'Aquila via Buccio di Ranallo 65/a Complesso Monumentale San Domenico presso l'Avvocatura dello Stato che li rappresenta e difende *ex lege*;

- appellante-



CONTRO

[redacted], nata a [redacted] (c.f. [redacted]
[redacted]) rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dall'avv.
Rodrigo Verticelli, dall'avv. Walter Miceli e dall'avv. Fabio Gancio, come
da mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

- appellato-

OGGETTO

Appello avverso la sentenza n. 596/15 pronunciata dal Tribunale di Pescara
il **23/6/2015**

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI IN FATTO E DIRITTO

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha impugnato la
sentenza indicata in epigrafe, con la quale è stato accolto il ricorso di
[redacted] teso ad accertare il proprio diritto al reinserimento
nelle graduatorie ad esaurimento per la provincia di Pescara relative alle
classi di concorso A019 (Discipline Giuridiche ed Economiche e ad
ordinare al M.I.U.R. — Ufficio Scolastico per l'Abruzzo — Ambito
Territoriale di Pescara, il proprio reinserimento nelle predette graduatorie ad
esaurimento, nella medesima posizione e con il medesimo punteggio di
punti 12 posseduti al momento della cancellazione.

A fondamento dell'appello ha reiterato l'eccezione di difetto di
giurisdizione, disattesa in prime cure, e, nel merito, ha censurato le sentenza
impugnata, di cui ha sostenuto l'erroneità sotto plurimi profili, denunciando
la non corretta interpretazione della normativa di riferimento da parte del
primo giudice, che non avrebbe rilevato, da un lato, che l'art.1 comma 605
lett. c) della Legge n°296/2006 aveva implicitamente abrogato l'ultimo
periodo dell'art.1 comma 1 bis della Legge n.143/2004, e che, dall'altro, il
reinsediamento dei docenti che non avevano presentato domanda di conferma
avrebbe di fatto comportato una perpetuazione all'infinito delle graduatorie,



in contrasto con la *ratio* della avvenuta trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento (come tali, destinate ad estinguersi). Da ultimo ha eccepito l'intervenuta decadenza ex art.1 comma 1 D.M. 44/2011 e l'improcedibilità del ricorso di primo grado per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei docenti controinteressati. Ha quindi concluso, chiedendo che venissero respinte tutte le domande originariamente proposte dall'appellata, perché inammissibili e infondate in fatto ed in diritto, e comunque non provate. In via subordinata, ha chiesto dichiararsi la nullità della sentenza di primo grado, perché resa a contraddittorio non integro con consequenziale remissione al primo giudice ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c..

La parte appellata si è costituita in giudizio e ha resistito all'appello, del quale ha chiesto il rigetto, assumendone l'infondatezza in fatto ed in diritto, in riferimento a ciascuno dei motivi di gravame.

1.- Va preliminarmente affermata la giurisdizione del Giudice ordinario, alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte che in materia di graduatorie a esaurimento del personale docente della scuola (di cui alla legge finanziaria del 2007), con orientamento consolidato, ritiene che: *“In materia di graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui alla l. n. 296/06, art. 1, comma 605, lett. c), (Legge Finanziaria del 2007), e con riferimento alle controversie promosse per l'accertamento del diritto dei docenti già iscritti in determinate graduatorie ad esaurimento, e che si siano avvalsi della facoltà di essere inseriti in altre analoghe graduatorie provinciali, di non essere collocati in coda rispetto ai docenti già iscritti in queste ultime graduatorie, diritto negato dall'amministrazione in applicazione della disciplina prevista da apposito Decreto ministeriale*



(d.m. 8 aprile 2009 n. 42), la giurisdizione spetta al g.o., venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (d.lg. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione” (Cassazione civile, sez. un., 08.02.2011, n. 3032).

La Cassazione ha quindi chiarito che, per ciò che attiene alle controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento in graduatoria ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297 e successive modificazioni, vengono in questione determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione e, pertanto, la giurisdizione è del giudice ordinario. In altri termini, ad avviso della Corte, la controversia non inerisce a procedure concorsuali - per le quali l'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo - ma piuttosto all'inserimento di coloro che sono già in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili (Cass. Sez. Un. ordinanza n. 16756 del 23/07/2014). Pertanto, tenuto conto del consolidato orientamento del Giudice di legittimità (in particolare, Cass. S.U. 9 agosto 2010 n. 18479; Cass. S.U. 28 luglio 2009 n. 17466; Cass. 13 febbraio 2008 n. 3399) che ha sempre escluso l'inerenza a procedure concorsuali per l'accesso alle graduatorie permanenti, deve ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.



2. - Deve altresì escludersi la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di soggetti che si trovino iscritti nelle graduatorie dell'ambito scolastico territoriale provinciale di riferimento, giacché nella fattispecie non viene in rilievo un rapporto plurisoggettivo unico, né si controverte su una prestazione inscindibile comune a più soggetti, né tanto meno la pretesa investe l'accertamento di una situazione sostanziale unitaria riferibile a più soggetti. Nel caso in esame, infatti, il rischio di un "arretramento" in graduatoria dei docenti che seguono l'appellata costituisce solo un effetto indiretto dell'accoglimento della domanda, e non una conseguenza diretta del carattere unitario ed inscindibile della situazione giuridica soggettiva vantata o dell'adempimento richiesto.

3.- Nel merito, con una serie articolata di motivi di gravame, **che per la loro evidente connessione possono essere trattati congiuntamente**, il M.I.U.R. censura la decisione impugnata, deducendone l'erroneità per aver tratto conclusioni errate dalla interpretazione ed applicazione della normativa di riferimento.

L'appello è solo parzialmente fondato.

In punto di fatto, è incontestato tra le parti ed è documentalmente provato che l'appellata era iscritta nelle graduatorie ad esaurimento della Provincia di Pescara per il biennio 2007/2009 e che la medesima non ha presentato domanda di conferma in occasione dell'aggiornamento della graduatoria per il triennio 2009/2011, ma solo per il biennio/triennio 2011/2013-14.

In punto di diritto, appare opportuno, per una migliore comprensione della vicenda, ricostruire preliminarmente la normativa di riferimento, oggetto di difforme interpretazione tra le parti in causa.



La parte appellata, a sostegno delle proprie ragioni, invoca la disposizione di cui all'art. 1, co. 1 *bis*, del D.L.97/2004, convertito in l. n°143/2004, ai sensi della quale, a partire dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del D. Lgs. n. 297/1994 era subordinata alla domanda degli interessati, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento delle graduatorie da apposito decreto ministeriale, pena la cancellazione dalle stesse per gli anni scolastici successivi; cancellazione non definitiva, perché a domanda degli interessati, da presentarsi negli stessi termini innanzi indicati, era consentito il reinserimento dei docenti cancellati con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione. Tale norma attribuiva dunque, in un sistema di graduatorie permanenti aperte, la possibilità di ammissione, cancellazione e riammissione a domanda dell'interessato.

Ritiene, tuttavia, il M.I.U.R. che tale norma debba ritenersi implicitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, co. 605, della successiva l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), che ha previsto - al dichiarato "*fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici e di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente*", con delega al Ministro della Pubblica Istruzione di adottare con proprio decreto un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, per complessive 150.000 unità - che, con effetto dal 1.1.2007, le graduatorie permanenti di cui all'art. 1 l. n. 143/2004 fossero trasformate in graduatorie "*ad esaurimento*", ossia in graduatorie chiuse, nelle quali divenivano possibili gli inserimenti soltanto di particolari categorie di docenti e limitatamente al biennio 2007-2008 ed espressamente contemplate ("*Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in*



possesso di abilitazione e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASIL), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria"). Tale ultima disposizione, tuttavia, non richiama la possibilità di reinserimento - prevista invece dall'art. 1, co. 1 bis, della l.n. 143/2004 - dei docenti già inseriti nelle graduatorie e cancellati per mancanza di domanda.

Su tale normativa di rango primario si sono poi innestati i D.M. n.42 dell'8 aprile 2009, n.44 del 2 maggio 2011 e n.235 dell'01.04.2014, i quali, nel disciplinare le procedure di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, hanno espressamente previsto che l'aggiornamento delle graduatorie presuppone la presentazione di apposita domanda da parte dell'interessato, a pena di cancellazione dalle stesse.

Fatte tali premesse, ritiene la Corte che la tesi di parte appellata (secondo cui la cancellazione dalla GAE per il triennio 2009/2011 a causa della mancata presentazione della istanza di permanenza nella graduatoria non può essere definitiva, attesa la possibilità, riconosciuta proprio dalla legge 143/2004, di essere reinseriti a domanda per il triennio successivo con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione) meriti di essere condivisa.

Il disposto dell'art. 1 comma 1 bis D.L.97/2004, convertito in l. n°143/2004, è infatti chiaro nel senso di vietare nuovi inserimenti, ma di consentire, su apposita domanda presentata dall'interessato, non solo la permanenza



(prima parte del comma), bensì anche i reinserimenti (ultima parte del comma).

Detta disposizione non è stata espressamente abrogata dall'art. 1 comma 605 lett. c) l. 296/2006, il quale, con l'obiettivo di addivenire ad una adeguata soluzione del fenomeno del precariato scolastico, ha trasformato le graduatorie permanenti di cui all'art. 1 del D.L. n. 97/2004 in graduatorie ad esaurimento.

La trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, operata dal comma 605 dell' art.1 della legge n. 296/2006, trova spiegazione logico-giuridica nella “cristallizzazione” e salvaguardia delle posizioni di coloro che erano stati inseriti nelle graduatorie permanenti secondo la precedente regolamentazione. Tale riconfigurazione delle graduatorie provinciali, appunto da permanenti a esaurimento, non implica tuttavia *ex se* – in assenza di un'esplicita scelta di campo del legislatore tesa a conformare la valenza giuridica di dette graduatorie a esaurimento – la totale immobilità e/o la cristallizzazione di queste ultime, atteso che i limiti sono solo quelli chiaramente imposti dal legislatore, e dunque, nello specifico, soltanto il divieto di “*nuovi inserimenti*”.

Di contro, la possibilità di “reinserimento” è espressamente prevista appunto dall'art.1 comma 1 bis del D.L.97/2004, convertito in l. n°143/2004, e ciò coerentemente con la già indicata *ratio* del nuovo sistema, di creazione di un meccanismo sì tendente all'esaurimento delle graduatorie, ma al tempo stesso anche di salvaguardia delle posizioni dei soggetti inclusi in base all'originaria regolamentazione.

Né l'art. 1 comma 1 bis del D.L. 97/2004 può ritenersi implicitamente abrogato dall'art. 1 co. 605 lett. c) l. 296/2006, stante il noto principio secondo cui “*l'incompatibilità tra le nuove disposizioni di*



legge e quelle precedenti, che costituisce una delle due ipotesi di abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, si verifica solo quando tra le norme considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra. Ciò non si verifica nel caso in cui la nuova legge abbia determinato esclusivamente il venir meno della "ratio legis" della legge precedente, senza dettare una nuova disciplina nella materia da quest'ultima regolata” (Cass., 1 ottobre 2002, n. 14129; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2502).

Nella fattispecie, a parere della Corte, non è riscontrabile alcuna impossibilità di contemporanea applicazione tra la previsione generale del carattere ad esaurimento delle graduatorie (art.1 comma 605 legge n. 296/2006) e la disposizione che consente il reinserimento in graduatoria di chi già avesse maturato il diritto all’inserimento in graduatoria e ne sia stato cancellato soltanto per non aver presentato tempestiva domanda di aggiornamento (art.1, comma 1 *bis*, ultimo periodo, D.L.97/2004, convertito in l. n°143/2004).

Quest’ultima disposizione, infatti, non amplia il novero delle persone iscritte in graduatoria, limitandosi a prevedere la cancellazione della graduatoria in conseguenza della mancata o intempestiva domanda di aggiornamento ed a precisare che tale cancellazione non è definitiva (valendo, infatti, soltanto “*per gli anni scolastici successivi*”, ovvero per quelli di originaria validità della graduatoria), essendo consentito il reinserimento nelle graduatorie successive.

Né a conclusione diversa può giungersi valorizzando il disposto di cui all’art. 9 comma 20 del D.L. n.70/2011, conv. in l. 116/2011 (e dunque



posteriore alla l. 296/2006), che ha sostituito il primo periodo dell'art.1 comma 4 del D.L. 97/2004 prevedendo che *“a decorrere dall'anno scolastico 2011/2012, senza possibilità di ulteriori nuovi inserimenti, l'aggiornamento delle graduatorie, divenute ad esaurimento in forza dell'articolo 1, comma 605, lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e' effettuato con cadenza triennale e con possibilità di trasferimento in un'unica provincia secondo il proprio punteggio, nel rispetto della fascia di appartenenza ...”*. Tale disposizione, infatti, nel fare espresso riferimento ai soli *“nuovi inserimenti”*, appare inidonea a prevalere sul disposto di cui art 1 comma 1 *bis*, ultimo periodo, del D.L.97/2004 (tuttora in vigore, in quanto mai abrogato), che fa riferimento ai *“reinserimenti”*.

Del resto, il carattere ad esaurimento delle graduatorie (ribadito dall'art. 9 D.L. 13 maggio 2011, n. 70 e poi dall'art. 14 co. 2 ter D.L. 29 dicembre 2011, n. 216, inserito dalla legge di conversione 24 febbraio 2012 n. 14) non ha impedito al legislatore di consentire l'inserimento in graduatoria, in via di eccezione, per ulteriori categorie di persone (v. art. 1 co. 605 lett. c Legge n°296/2006 ed art. 5 bis del D.L. n°137/2008, richiamati nella sentenza impugnata). Il principio del carattere *“ad esaurimento”* delle graduatorie ha dunque concretamente subito diverse deroghe, per cui tra queste ultime ben può essere collocata anche la previsione – anch'essa legislativamente stabilita – della possibilità di reinserimento degli iscritti cancellati per mancata tempestiva presentazione della domanda di aggiornamento del proprio punteggio.

La disposizione di cui all'art. 1 co. 1-bis D.L. n. 97/2004, nel disciplinare l'onere di presentazione della domanda di aggiornamento della posizione in graduatoria e le conseguenze della mancata ottemperanza a tale onere costituisce in realtà norma speciale – per quanto riguarda questo specifico adempimento - rispetto alla norma generale che stabilisce il carattere ad



esaurimento delle graduatorie.

Ne consegue che, se legittimamente è stata disposta la cancellazione della appellata dalle graduatorie per il triennio 2011/2014 a causa della mancata presentazione da parte sua della domanda di aggiornamento, tale omissione non pregiudica il suo diritto ad ottenere – a seguito della domanda a tal fine presentata - il reinserimento nelle graduatorie successive, valide per gli anni scolastici 2011/2014.

Né può giungersi a conclusione diversa in base al rilievo che il D.M n. 42/2009, così come i successivi D.M. n. 44 del 12 maggio 2011 e D.M. n. 235 del 1.4.2014 (che hanno disciplinato nel corso di questi anni le procedure di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento), hanno espressamente previsto che "*la mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione definitiva dalla graduatoria*" e non hanno riprodotto il dettato dell'art. 1 comma 1 *bis* l. n°143/2004, escludendo così la possibilità di reinserimento in graduatoria dei docenti cancellati. È evidente, infatti, che nel contrasto tra una norma di legge (norma primaria) e un decreto ministeriale (norma secondaria) prevale la prima, con conseguente illegittimità dei citati decreti ministeriali, che vanno disapplicati nella parte in cui prevedono una cancellazione definitiva, essendo tale previsione in contrasto con la possibilità di un reinserimento in graduatoria prevista dall'art. 1 comma 1 bis L.4/6/2004 n. 143.

Ed invero, sulla questione è intervenuto il Consiglio di Stato il quale, con la pronuncia n. 3658/2014, ha dichiarato l'illegittimità del D.M. 42/2009, nella parte in cui ricollega alla mancata presentazione della domanda la cancellazione definitiva dalla graduatoria, così onerando il docente che già figura in graduatoria a riaffermare una volontà che egli ha già espresso, peraltro senza alcuna garanzia partecipativa. L'organo supremo della



giurisdizione amministrativa ha infatti stabilito che *"una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 1 bis d.l. 7 aprile 2004 n. 97, conv. con modificazioni nella l. 4 giugno 2004 n. 143, il quale dispone che, dall'anno scolastico 2005/2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e che la mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi, porta a ritenere illegittima la normativa regolamentare - art. 1 d.m. 8 aprile 2009 n. 4,2 , adottata in applicazione di detta disposizione primaria, che ricollega alla mancata presentazione della domanda- la cancellazione definitiva dalla graduatoria"* (Cons di Stato n. 3658/2014). Tale ragionamento può estendersi anche ai successivi decreti ministeriali, che hanno ricollegato alla mancata presentazione della domanda effetti definitivi di cancellazione dalla graduatoria. I decreti ministeriali in questione sono quindi illegittimi e devono essere disapplicati, dal momento che contrastano con la norma primaria cui avevano il compito di dare attuazione.

In quest'ordine di concetti, deve quindi ritenersi che la cancellazione definitiva della ricorrente dalla graduatoria a esaurimento appare viziata, per essere stata adottata sulla base di decreti ministeriali da ritenersi, in via incidentale, illegittimi, non potendo un decreto ministeriale negare il diritto al reinserimento nelle graduatorie previsto dalla legge.

Ne consegue che, essendo fatta salva dall'art 1 comma 1 *bis* del D.L.97/2004, convertito in l. n°143/2004, la possibilità di reinserimento dei docenti originariamente inclusi, dalla mancata produzione di domanda di permanenza/aggiornamento non può derivare il deprezzamento definitivo.



Quanto infine all'eccezione di decadenza *ex art.1*, comma 1, D.M.44/2011, sollevata dal M.I.U.R. (punto "D" dell'appello), trattasi di censura inammissibile, essendo stata proposta per la prima volta in questa sede di gravame, in violazione del divieto dei *nova* di cui agli artt. 345 3° comma e 437 2° comma c.p.c..

E' invece fondato il motivo di appello contrassegnato alla lettera "F", risultando evidente che all'appellata può essere riconosciuto il diritto al reinserimento nella graduatorie ad esaurimento con il medesimo punteggio posseduto al momento della cancellazione, ma non nella medesima posizione, tenuto conto che quest'ultima è influenzata anche dalla situazione degli altri docenti inseriti nella medesima graduatoria, che nelle more hanno eventualmente acquistato punteggi aggiuntivi che non possono essere pretermessi.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va dunque accolto per quanto di ragione, confermandosi il dispositivo dell'impugnata sentenza con la sola esclusione delle parole "*nella medesima posizione*", che vanno espunte dal dispositivo della sentenza impugnata.

Le spese del grado seguono la regola generale della soccombenza (tenuto conto dell'accoglimento solo marginale del gravame) e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di L'Aquila, definitivamente pronunciando sull'appello proposto avverso la sentenza in data 23/6/2015 n. 596/15 del Tribunale di Pescara in funzione di giudice del lavoro, così decide nel contraddittorio delle parti:

accoglie l'appello per quanto di ragione e, per l'effetto, dichiara il diritto di ad essere inserita nella III fascia della graduatoria ad



esaurimento per la classe di concorso A019 (Discipline Giuridiche ed Economiche nella scuola secondaria di I grado), e condanna il M.I.U.R. – U.S.R. Abruzzo- ambito territoriale di Pescara ad inserire la medesima docente nella graduatoria ad esaurimento per il suddetto insegnamento con il medesimo punteggio già posseduto al momento della cancellazione con decorrenza dal 1/9/2011;

condanna l'appellante al rimborso alla parte appellata delle spese del grado, che liquida in complessivi €. 3.310,00, oltre spese generali nella misura del 15% del compenso totale per la prestazione (art.2 D.M.10.03.2014), I.V.A. e C.A.P..

L'Aquila, il 28/1/2016

Il Presidente
dr. Rita Sannite

Il Consigliere Est.
dr. Paola De Nisco

